

HØRINGSSVAR FRA LYSE AS – FORSLAG TIL NY EKOMLOV, NY EKOMFORSKRIFT OG ENDRINGER I NUMMERFORSKRIFTEN

1 INNLEDNING

Lyse viser til departementets høringsbrev av 2. juli 2021, hvor det bes om innspill til forslag til ny lov om elektronisk kommunikasjon (ekomloven), ny forskrift om elektroniske kommunikasjonsnett- og tjenester (ekomforskriften), endringer i forskrift om nummerressurser for elektroniske kommunikasjonsnett- og tjenester, og ny forskrift om stedlig virkeområde for lov om elektronisk kommunikasjon vedrørende Svalbard, Jan Mayen, Bilandene og Antarktis.

Lyse AS er et norsk industrikonsern med virksomhet innen energi, infrastruktur og telekommunikasjon. Konsernet er heleid av 14 kommuner og selskapets verdiskaping går tilbake til fellesskapet. Telekomvirksomheten til Lyse innbefatter den heleide digital-TV og internettleverandøren Altibox AS og en rekke hel- og deleide fiberselskaper i Norge, blant annet Lyse Fiber AS, Viken Fiber AS og Signal Bredbånd AS. Televirksomheten i Lyse omfatter også internasjonal kommunikasjonsvirksomhet mot operatør- og bedriftsmarkedet – Altibox Carrier.

Gjennom det landsomfattende Altibox-partnerskapet bestående av lokale og regionale infrastrukturutbyggere får over 740.000 norske husstander og bedrifter levert sluttkundeopplevelser fra oss. Den uavhengige kundetilfredshetsundersøkelsen EPSI har 12 år på rad kåret Altibox til leverandøren med de mest fornøyde bredbånds- og tv-kundene.

Ytterligere informasjon om Lyse er tilgjengelig på våre nettsider, www.lysekonsern.no.

2 OVERORDNEDE MERKNADER

- Forutsigbare rammebetingelser er nødvendig for å sikre videreføring av den norske modellen med markedsdrevet utbygging og innovasjon
- Markedsdrevet infrastrukturkonkurransen, teknologinøytralitet og minimumsregulering vil være viktig for å nå dekningsmålet fremover
- Myndighetene bør utvise varsomhet med å implementere europeiske ordninger som i mindre grad er tilpasset det norske markedet

Den norske modellen for bredbåndsutbygging har vært en suksess. Med "den norske modellen" menes en ekompolitikk og et reguleringsklima som har tilrettelagt for investeringer fra næringen som har resultert i markedsdrevet utbygging og innovasjon i henhold til "selg først, bygg etterpå"-prinsippet, markedsdrevet infrastrukturkonkurransen og teknologinøytralitet. Forutsigbare rammebetingelser og minimumsregulering sikrer fortsatt høye investeringer og videreutvikling av nettene.

Den norske modellen har muliggjort nettutbygging som har vært langt mindre avhengig av statlige subsidier enn det som har vært nødvendig i sammenlignbare land. Det er stor kommersiell investeringsvilje i ekomnett, og dette har gitt gode resultater i det norske ekomarkedet.

Det gjenstår fremdeles ytterligere utbygging av nett i Norge, og per i dag er det fortsatt ca. 10 prosent av norske husstander som ikke har tilgang til høykapasitetsnett. Etter at arbeidet med å sikre alle bredbåndstilgang er ferdigstilt, er man fortsatt ikke ferdig med jobben. Høykapasitetsnett vil være avhengige av at det gjøres massive forsterkninger av og reinvesteringer i nettet. Både for gjenstående utbygging og ved forsterkning av og reinvestering i nettet, er det avgjørende at tilbyderne sikres forutsigbare regulatoriske rammebetingelser, både hva gjelder selve regelverket og praktiseringen av det.

Utbygging av elektroniske kommunikasjonsnett, herunder også fiber, innebærer svært høye og irreversible kostnader. Investeringene er foretatt med et svært langsiktig tidsperspektiv i henhold til dagens regelverk og myndighetenes håndheving av dette uten forventede vesentlige endringer. For at det skal være lønnsomt å bygge ut nett, må utbyggeren ha et visst antall kunder i området det bygges ut nett i. Tilgangsregulering (særlig symmetrisk tilgangsregulering) som langt på vei bygger på skjønnsmessige vilkår og mulighet for å pålegge relativt vidtrekkende tilgangsforpliktelser, skaper usikkerhet omkring utbyggerens lønnsomhet i nettet og investeringens levetid. Som det fremgår av Menon Economics og Analysys Masons rapport¹, kan en slik regulering gi en negativ virkning på investeringsviljen og insentiver til å investere i infrastruktur. Dette gjør seg særlig gjeldende for utbygging i nye områder.

Det synes ikke å være påvist noen klare konkurransefremmende effekter ved den foreslåtte symmetriske tilgangsreguleringen.² Lyse stiller seg derfor kritisk til tilgangsreguleringen og oppfordrer myndighetene til å vise varsomhet ved anvendelsen for å sikre ønsket effekt til det beste for sluttbrukerne.

Markedet for elektronisk kommunikasjon preges av rask teknologiutvikling og økt digitalisering. Samtidig som økt digitalisering kobler ekomtilbudet sammen med stadig større og viktigere deler av samfunnet, utfordres tilbyderne av menneske- og naturskapt trusler. Samfunnsutviklingen krever et sikkert og robust ekomtilbud, samt at ekomnettene videreutvikles i takt med ny teknologi og samfunnets økende behov. I de tilfeller myndighetene pålegger tilbyderne plikter, bør staten bære en større del av de kostnadene som følger med plikten.

Hensynet til forutsigbarhet tilsier at departementet i større grad enn i høringsnotatet bør redegjøre mer konkret i hvilke tilfeller og hvordan de ulike bestemmelsene kan få anvendelse i det norske ekomarkedet. Mange bestemmelser gir anvisning på uklare kriterier og fremstår tilpasset andre markeder. Dette bidrar til økt usikkerhet for aktørene.

Forslaget vil etter Lyses syn innebære en implementering av et europeisk regelverk som fremstår mindre tilpasset norske forhold. Som eksempel kan det vises til at forslag til bestemmelse om saminvestering i §§ 9-1 til 9-3 synes å være inspirert av praksis fra andre europeiske markeder der en etablert aktør har tilbudt slik saminvestering. På enkelte punkter synes departementet i tillegg å ha valgt en regulering som går lenger enn den som følger av

¹ "Økonomiske vurderinger av symmetrisk tilgangsregulering i bredbåndsmarkedet", Menon-publikasjon nr. 66/2020 av Kristoffer Midttømme, Anders Myklebust, Erika Karttinen, Siri Vikøren, Gjermund Grimsby (Menon), Bjørnar Volden (Analysys Mason), i det følgende "Menons rapport".

² Se Menons rapport, for eksempel i punkt 8.4. Det kan for øvrig vises til punkt 4.6.3 i Menons rapport, der det konkluderes med at tilgangsregulering i aksessmarkedet spiller en stadig mindre rolle for konkurransen på tjenestenivå i bredbåndsmarkedet. Det uttales i den sammenheng at: "Dette tilsier at tilgangsregulering i aksessmarkedet har en mindre konkurransefremmende effekt på tjeneste-/innholds nivået i bredbåndsmarkedet i dag enn før de aksessuavhengige OTT-aktørene ble en del av dette markedet. Den økte tjeneste-/innholdskonkurransen som OTT-aktørene representerer, kombinert med prinsippet om nettnøytralitet i bredbåndsnett, gjør at tilgangsregulering i bredbåndsnett i mindre grad enn tidligere kan begrunnes ut fra et ønske om mer virksom konkurranse på tjeneste-/innholds nivå i bredbåndsmarkedet."

direktivet, uten at det etter Lyses syn kan påvises et konkret behov for det. Implementering av regelverk tilpasset andre land, med andre markedsforhold og regulatoriske rammeverk, vil være lite hensiktsmessig i Norge, som kjennetegnes av at utbygging er utført ved markedsdrevet konkurranse på infrastruktur. I slike tilfeller bør myndighetene utrede og aktivt bruke handlingsrommet i EØS-avtalen slik at regelverket blir bedre tilpasset norske forhold.

Lyse ønsker også å fremheve betydningen av forholdsmessighet. Forslaget gir myndighetene til dels svært vide vedtakshjemler, og vedtak fattet i medhold av ekomloven kan virke svært inngripende på tilbydere. Det er derfor hensiktsmessig om hensynet til forholdsmessighet reflekteres i ordlyden i de ulike bestemmelsene.

Lyse viser for øvrig til IKT-Norges høringssvar, som Lyse gjennomgående slutter seg til.

Lyse har i det videre enkelte kommentarer til ulike bestemmelser.

3 LOVENS KAPITTEL 3: KOMMUNIKASJONSVERN OG SIKKERHET

3.1 Generelt

Norske elektroniske kommunikasjonsnett og –tjenester er robuste og av høy kvalitet. Tilbydere av elektroniske kommunikasjonsnett- og tjenester leverer tjenester til et bredt spekter av samfunnsaktører som i stadig økende grad er avhengig av sikre og stabile nett. Lyse arbeider for å opprettholde tjenester av høy kvalitet, og er positiv til at det settes fokus på kommunikasjonsvern og sikkerhet.

Innenfor kommunikasjonsvern og sikkerhet er den sektorspesifikke ekomloven dels overlappende med de generelle reglene om kommunikasjonsvern i personvernlovgivningen og sikkerhet i sikkerhetsloven. Det er viktig at det fremgår klart av lovverket hvilken tilsynsmyndighet som har kompetanse i en konkret sak. Lyse vil oppfordre departementet til å utforme klare retningslinjer om koordinering i saker som berører flere regler og tilsyn for å unngå dobbeltbehandling.

Lyse merker seg at lovforslaget gir tilbyderne et betydelig ansvar for å ivareta kommunikasjonsvern og sikkerhet, også i tilfeller der tiltakene skal ivareta vår felles sikkerhet. Etter Lyses syn bør staten ta kostnadene for økte sikkerhetstiltak som skal ivareta nasjonale interesser og funksjoner.

3.2 § 3-8: Sikkerhet i nett og tjenester

Forslaget inntatt i § 3-8 gir Nkom svært vid kompetanse til å fatte enkeltvedtak. Det følger av alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper at den vide kompetansen ledsages av et krav om forholdsmessighet, uten at det fremkommer eksplisitt i lovteksten. Lyse er av den oppfatning at det vil være hensiktsmessig om kravet til forutsigbarhet fremkommer direkte av ordlyden, slik at både Nkom og tilbyder er bevisst på at de kostnader som påføres tilbyder i forbindelse med et vedtak må stå i forhold til tjenestens betydning og tiltakets samfunnsmessige nytteverdi.

Lyse merker seg videre at departementet i forslag til ny § 3-8 skjerper kravet til sikkerhetsnivå fra "nødvendig" til "forsvarlig". I merknadene på s. 42 vises til at "forsvarlig" skal forstås som at "nett og tjenester skal være tilgjengelige og at integriteten, autentisiteten og konfidensialiteten skal beskyttes". Lyse opplever at begrepene er lite konkrete, og ber om at departementet konkretiserer hva en slik skjerpelse av kravet innebærer for tilbyderne.

Lyse er av den oppfatning at fellesskapet er avhengig av sikre elektroniske kommunikasjonsnett- og tjenester, og at det derfor synes lite hensiktsmessig at tilbyder skal bære store deler av kostnadene tilknyttet dette. Lyse vil derfor

oppfordre departementet til å sikre en bedre kostnadsfordeling mellom staten og tilbyderne, slik det også er vist til over. Lyse minner i den forbindelse om at robuste elektroniske kommunikasjonsnett- og tjenester er en viktig forutsetning for at ulike samfunnsaktører, herunder kritisk personell, kan kommunisere trygt og raskt.

4 LOVENS KAPITTEL 4: SLUTTBRUKERES RETTIGHETER

4.1 Generelt

Lyse støtter departementets intensjon om å styrke forbrukervernet, men opplever at forslaget på enkelte punkter bidrar til å undergrave intensjonen om å styrke dette vernet.

Etter Lyses oppfatning er sterke forbrukerrettigheter i ekomloven egnet til å skape uklare grenser mot annen forbrukerlovgivning, slik at kompetansefordelingen mellom ulike lover og tilhørende tilsynsmyndigheter blir vanskelig tilgjengelig både for tilbyderne, tilsynsmyndighetene og forbrukerne. Dette leder til en samlet totalbyrde av rettigheter som i teorien gir bedre forbrukerbeskyttelse, men som i realiteten kan skape utfordringer knyttet til den praktiske etterlevelsen av regelsettene. Lyse mener derfor at departementet bør utarbeide klare retningslinjer om koordinering i saker som berører flere regler og tilsyn for å unngå dobbeltbehandling.

I forlengelsen av dette synes det lite hensiktsmessig at forslaget til nytt kapittel 4 om sluttbrukeres rettigheter opererer med et utvidet forbrukerbegrep. Forbrukerbegrepet er godt innarbeidet i forbrukerlovgivningen, og et utvidet forbrukerbegrep er egnet til å skape uklarhet. Forbrukerbegrepet i kapittel 4 er også et annet enn det som fremgår av forslag til definisjonsbestemmelse i § 1-5 nr. 27.

§ 4-10: Prissammenligningstjeneste

Lyse erfarer at de prissammenligningstjenestene som finnes i dag, ikke fungerer optimalt. For at tjenesten skal fungere på en god måte, må den være forbrukerrettet og reell i den forstand at den sammenligner parametere som faktisk er sammenlignbare.

Lyse ber departementet om å sikre at nye prissammenligningstjenester blir veiledende og ikke villedende, slik at den setter sluttbrukeren i en informert posisjon og gjør vedkommende i stand til å velge den ekomtjenesten som reelt sett gir den enkelte sluttbruker det beste tilbudet.

4.2 § 4-12: Koblingssalg

Forslaget inntatt i § 4-12 om koblingssalg innebærer at tjenester som "bundles" sammen med en internetttilgangstjeneste eller en offentlig tilgjengelig person-til-person kommunikasjons-tjeneste også underlegges krav til sammendrag av kontrakt før avtaleinngåelse, offentliggjøring av vilkår for levering av tjeneste og tjenestekontinuitet ved bytte av tilbyder. Forslaget legger videre opp til at en eventuell hevingsrett overfor et element i et koblingssalg også vil omfatte de øvrige elementene av salget.

Lyse stiller seg kritisk til forslaget. Koblingssalg gir etter Lyses oppfatning tilbyderne mulighet til å selge de produktene kundene etterspør i fordelaktige pakkelasninger. Lyse erfarer dessuten at koblingssalg har vært og er viktig for utbygging av nett etter den norske modellen, ved at det gir utbyggere større forutsigbarhet og sikkerhet for inntekter, som igjen muliggjør økt infrastrukturkonkurranse. Det er til gode for forbrukerne. Som et viktig eksempel på dette, erfarer Lyse at muligheten til å tilby pakkepris for tv og internett har stått sentralt ved utbygging av nett. Det er derfor viktig at bestemmelsen ikke utformes på en slik måte at den begrenser muligheten for koblingssalg som tradisjonelt har vært og vil være viktig for utbygging av nett etter den norske modellen.

Lyse erfarer dessuten at slikt "bundlesalg" er forbrukervennlig og gir forbrukeren et bedre tilbud enn det forbrukeren ville ha oppnådd ved kjøp av separate tjenester. Kombinasjonen av prinsippet om nettnøytralitet, som sikrer sluttbrukernes tilgang til innhold og tjenester på internett uavhengig hvilket aksessnett de er tilknyttet, og den økte innholdskonkurransen som slike aksessuavhengige innholds/-tjenestetilbydere representerer, skaper konkurranse i bredbånds- og innholdsmarkedet og gir aksessstilbydere insentiver til å tilby attraktive og konkurransedyktige tilbud som kommer sluttbrukeren til gode.³ Det er derfor viktig at bestemmelsen ikke utformes på en slik måte at den begrenser denne konkurransen.

Lyse vil i forlengelsen av dette oppfordre departementet til å legge seg på samme linje som direktivet. Mens ekomdirektivet artikkel 107 nr. 1 viser til tjenester og utstyr som selges i "pakke", synes departementet i merknadene på s. 53 å legge opp til at også elementer som "tilbys eller selges av samme aktør innenfor rammen av samme eller nært tilknyttet avtale" skal omfattes. Det er uklart hva som vil være en "nært tilknyttet avtale" etter bestemmelsen. Bestemmelsens ordlyd legger til grunn at koblingssalg foreligger ved "salg til forbruker av internettilgangstjeneste eller offentlig person-til-person kommunikasjonstjeneste i kombinasjon med en eller flere tjenester (...)". Etter Lyses syn bør bestemmelsens virkeområde begrenses til tjenester som faktisk selges innenfor rammene av samme avtale, slik ordlyden i direktivet legger opp til.

Tjenesteutviklingen hos aksessuavhengige tjenesteutviklere er dynamisk, og det er forventet et økende mangfold av aksessuavhengige tjenester.⁴ Det er vanskelig å forutse hvilke tjenester sluttbrukerne i fremtiden vil ønske "bundlet" sammen med tilbydernes tjenester, og det er ikke utenkelig at det i fremtiden i større grad vil være aktuelt å "bundle" bredbåndtjenester med tredjepartstjenester. Lyse opplever at forslaget er noe uklart rundt hvem som er pliktsubjekt i de tilfeller tilbydernes tjenester "bundles" sammen med en tredjepartstjeneste. Lyse ber derfor departementet om å avklare hvem som er pliktsubjekter etter bestemmelsen, og om bestemmelser legger alt ansvar på tilbyderen også i de tilfellene tjenester fra tilbyderen "bundles" med tredjepartstjenester.

4.3 § 4-14: Bytte av internettilgangstjeneste

Forslaget inntatt i § 4-14 (5) forbyr tilbyderne å bruke informasjon fra bytteprosessen i markedsføring rettet mot kunden i bytteperioden og 14 dager etter at byttet er gjennomført. I merknadene til bestemmelsen vises det til at hensynet bak bestemmelsen er "konkurransen i markedet".

Etter Lyses oppfatning går forslaget betydelig lenger enn det som følger av ekomdirektivet artikkel 106, da direktivbestemmelsen kun regulerer de plikter som pålegges tilbydere i forbindelse med bytte av operatør og ikke inneholder et forbud mot markedsføring på samme måte som i forslag til § 4-14 (5). Sett hen til målsettingen om fullharmonisering, synes det lite hensiktsmessig å innføre en slik bestemmelse dersom det ikke kan påvises et konkret behov for det.

Slik det er redegjort for over, er konkurransen i bredbåndsmarkedet virksom. Mulighet til å vinne tilbake kunder som vurderer å bytte tilbyder utgjør en sentral del av den sunne konkurransen mellom tilbyderne og kommer kunden til gode. Lyse kan ikke se at departementet har foretatt en konkret vurdering av behovet for å innføre et slikt forbud. En generell henvisning til "konkurransen i markedet" er etter Lyses oppfatning ikke tilstrekkelig. Lyse ber departementet redegjøre for hvilke konkrete forhold som tilsier at en slik regulering vil være positivt for konkurransen i markedet.

³ Punkt 4.6.3 i Menon Economics og Analysys Masons rapport, herunder sitatet som er gjengitt i fotnote nr. 2 over.

⁴ Punkt 4.6.3 i Menon Economics og Analysys Masons rapport.

Lyse erfarer derimot at slik markedsføring stiller sluttbrukeren i en fordelaktig posisjon, der avgivende tilbyder ofte vil tilby kunden en bedre og/eller billigere tjeneste enn det kunden tilbys av mottakende tilbyder. Forslaget inntatt i § 4-14 (5) vil etter Lyses syn derfor bidra til å svekke konkurransen i markedet og være til skade for kundene.

5 LOVENS KAPITTEL 6 OG 7: MARKEDSREGULERINGEN

5.1 Innledning

Som påpekt i pkt. 2 kan Lyse generelt slutte seg til IKT-Norges hørings svar. Det kommenterer ikke bestemmelsene i utkast til kapittel 6 og 7 i loven, men etter Lyses oppfatning er flere av synspunktene i IKT-Norges hørings svar relevante også for disse bestemmelsene, se særlig "overordnede merknader" (pkt. 2). Lyse vil utdype dette kort i det følgende.

5.2 Sterk markedsstilling

Lyse har ingen kommentarer til forslaget som sådan, som man i hovedsak oppfatter som en ren videreføring av gjeldende ordning. Lyse vil imidlertid påpeke at det uttalte målet er å avvikle denne særreguleringen når målet om bærekraftig konkurranse er nådd. Hva gjelder fastnett er dette langt på vei allerede situasjonen, og både tilgjengeligheten av fast mobilt bredbånd og 5G er i ferd med å bidra til ytterligere økt konkurranse. Lyse har derfor med bekymring registrert at Nkom har gitt signaler om at det kan være aktuelt å gjøre det som til nå har vært gjort som nasjonale vurderinger, på mer lokalt eller regionalt nivå. Dette vil eventuelt kunne lede til *mer* regulering, mens utviklingen altså burde gå mot *mindre* regulering.

Det er fortsatt slik at markedsavgrensningen skal bygge på konkurranserettslige prinsipper. Det ville være merkelig om man nå, når konkurransen er sterkere enn noen gang på grunn av teknologisk og markedsmessig utvikling med konvergerende teknologier og markeder, skulle finne grunnlag for å avgrense mindre, lokale markeder. Blant annet vil fast mobilt bredbånd og "vanlig" mobilt bredbånd gjennom 5G måtte forventes å bidra til økt dekning og konkurranse både nasjonalt og lokalt. Særreguleringer på lokalt nivå vil kunne være vanskelig å forholde seg til i praksis og innebærer en sterk og reell risiko for reduserte insentiver til nødvendige investeringer i infrastruktur. En markedsbasert utbygging av infrastruktur utgjør som nevnt en hovedårsak til at Norge, til tross for utfordrende topografi og demografi, har bredbåndsdekning i verdensklasse. Dette er oppnådd selv om det norske markedet er lite og derfor utfordrende med hensyn på skalafordeler og lønnsomhet. Det er behov for betydelige investeringer for å sikre norske innbyggere fortsatt verdensledende bredbåndsdekning, og Lyse presiserer at det er veldig viktig at hensynet til å bevare de private og regionale eller lokale aktørenes insentiver til å investere står sentralt i vurderingen av alle mulige tiltak under loven, inkludert tiltak som vurderes pålagt aktører med sterk markedsstilling jf. pkt. 5.2 nedenfor.

Lyse støtter seg også til innspillet fra IKT- Norge til St Meld 28 (2020-2021), hvor det ble fremhevet at man snarere burde ha et veikart/tidsplan for *avvikling* av reguleringen av bredbåndsmarkedet med mål om gradvis overgang til generell konkurranselovgivning i ekom-sektoren, for å sikre investeringsinsentiver og opprettholde investeringsnivået i høykapasitetsnett i årene fremover.

5.3 Plikter som kan pålegges tilbydere med sterk markedsstilling

Av samme grunner som tilsier tilbakeholdenhet, jf. blant annet pkt. 5.1 ovenfor, bør det etter Lyses oppfatning også utvises tilbakeholdenhet og forsiktighet når det gjelder pålegg om konkrete forpliktelser. Potensialet for negative virkninger for insentiver til, og forutsigbarhet for, investeringer må vurderes nøye for hvert enkelt pålegg som vurderes og bør generelt veie tungt.

Det synes i så måte fornuftig at tilgangsforpliktelser etter § 7-2 bare kan pålegges etter en konkret vurdering av at tilgang etter § 7-1 ikke er tilstrekkelig. Det skal likevel bemerkes at virtuell tilgang likevel er det som fremstår som mest aktuelt i praksis. Det vil for eksempel oftest ikke være plass til flere fiberkabler i nedlagte aksessorer.

Det er tilsvarende også fornuftig at adgangen til å gi pålegg om funksjonelt skille etter § 7-13 fremstår som en snever unntaksbestemmelse. For en som investerer i infrastruktur er forutsigbarhet for inntekter som nevnt helt sentralt, og i så måte er det viktig å kunne se dette i sammenheng med tjenesteproduksjonen som infrastrukturen gir grunnlag for. Pålegg om funksjonelt skille innebærer en betydelig risiko for redusert innovasjon og reduserte investeringer, og bør derfor benyttes med stor varsomhet.

6 LOVENS KAPITTEL 8: TILGANG TIL ADGANGSKONTROLL FOR RADIO OG FJERNSYN

Lyse registrerer at gjeldende lov § 4-3 om adgangskontrolltjenester for radio og fjernsyn foreslås videreført i ny § 8-1. Dette er etter Lyses oppfatning en nokså uklar bestemmelse med begrenset praktisk anvendelse i Norge i dag. Bestemmelsen reflekterer en virkelighet som i noen grad kanskje eksisterte i Norge for 20-30 år siden, men som er langt unna dagens marked. Den synes tilpasset en situasjon med begrenset distribusjonskapasitet hvor tilbyderen av "adgangskontrolltjenester" fungerer som en slags "portvakt". Det er mulig at det fortsatt er slik på visse markeder på kontinentet (Tyskland), og Lyse antar at denne reguleringen har sitt opphav og begrunnelse derfra. Departementet kunne imidlertid med fordel ha reflektert noe mer over bestemmelsens aktualitet relatert til norske forhold og gjerne presisert/konkretisert dens potensielle anvendelsesområde ytterligere. Herunder betydningen av at skillet mellom innholdssiden og distribusjonssiden i markedet fremstår som stadig mer diffus gjennom blant annet endringer i forretningsmodeller og tilveksten av OTT-aktører.

Lyse vil i denne sammenheng også påpeke at det i Norge, i motsetning til hva som gjelder i Tyskland, er slik at pengestrømmen går **fra** distributørene og **til** innholdssiden. Konkurransen mellom distributørene handler i stor grad om å sikre seg avtaler med innholdsleverandørene til lavest mulig kostnad, og eventuelle pålegg om å gi disse tilgang til distribusjon på ikke-diskriminerende vilkår vil med stor sannsynlighet virke sterkt negativt på konkurransen og lede til dyrere tv-tilbud for kundene. Lyse gjentar også at det er viktig å ha med seg betydningen av investeringsinsentiver. Det er den som bygger nettet som tar all risiko, mens aktører som for eksempel Strim benytter det samme nettet uten risiko for å måtte gi "innholdsleverandører" tilgang til sin plattform.

Lyse registrerer dessuten at forslaget til § 8-1 tredje ledd inneholder et pålegg om regnskapsmessig skille. Departementet har ikke begrunnet behovet for dette, og det fremstår som uklart hva det skal skilles mellom.

7 LOVENS KAPITTEL 9: TILTAK SOM KAN FREMME UTBYGGING AV NETT MED SVÆRT HØY KAPASITET OG GI LETTELSER FOR TILBYDER MED STERK MARKEDSSTILLING

7.1 § 9-1: Saminvestering i nye nett med svært høy kapasitet

Lyse bemerker at bestemmelsene om tilbud om saminvestering, herunder også krav og prosedyre som oppstilles i §§ 9-2 og 9-3, fremstår lite praktiske for aktørene.

For øvrig vises det i merknadene til at saminvesteringsavtaler mellom tilbydere etter omstendighetene kan anses som konkurransebegrensende uten at dette er nærmere vurdert, og at det vil være opp til den enkelte tilbyder som vurderer å gi et saminvesteringstilbud å selv avklare med konkurransemyndighetene om saminvesteringstilbudet er forenelig med konkurranseloven. Ut fra Konkurransetilsynets egne retningslinjer om Konkurransetilsynets veiledning om konkurranseloven, fremstår det uklart om Konkurransetilsynet i det hele tatt vil prioritere å gi veiledning til parter i en eventuell saminvesteringsavtale etter § 9-1. Slik prosessen tilsynelatende er lagt opp etter forslag til ny ekomlov kan en tilbyder med sterk markedsstilling risikere å først bruke ressurser og tid på å utforme et tilbud om

saminvestering iht. bestemmelsene i kapittel 9, som deretter vil kunne være i strid med konkurranseloven og følgelig ikke gjennomførbart. Lyse oppfordrer til en samordning mellom tilsynsmyndighetene, slik at aktørene ikke må forholde seg til flere tilsynsmyndigheter ved utforming av tilbud om saminvestering.

8 LOVENS KAPITTEL 10: TILRETTELEGGING FOR INFRASTRUKTURUTBYGGING

8.1 § 10-2: Plikt til samlokalisering for tilbydere

Lyse oppfordrer departementet til å presisere hva som nærmere ligger i begrepet "særlige områder" i § 10-2(2).

Iht. § 10-2 (2) kan samlokalisering etter bestemmelsen kun pålegges "i særlige områder" der dette er "nødvendig for å nå målene etter første ledd". Begrepet "særlige områder" synes imidlertid ikke nærmere definert eller omtalt hverken i høringsnotatet eller i forslag til merknader til bestemmelsen.

Begrepet kan ha betydning for omfanget av plikten til samlokalisering som kan pålegges etter bestemmelsen, og dermed inngrepet som kan gjøres overfor tilbyder. Også anmodede tilbyder vil ha interesse av å få klargjort det potensielle omfanget av samlokalisering etter bestemmelsen.

8.2 § 10-3: Tilgang til nett og fasiliteter i og utenfor bygninger

Lyse forstår at forslag til § 10-3 i hovedsak er et utslag av implementering av direktivet artikkel 61 (3). Bestemmelsen synes i mindre grad tilpasset norske forhold. Både mht. at eieren av de fleste boligsammenslutninger og næringsbygg også eier infrastrukturen i bygget, og dermed allerede har insentiver til å tilrettelegge for tilgang til tilbydere av konkurransedyktige elektroniske kommunikasjonstjenester. Og videre at eksisterende infrastruktur ikke nødvendigvis vil være teknisk kompatibel med tilgangssøkers. Dette fremgår også av Menons rapport, der det konkluderes med at den tilsvarende bestemmelsen i direktivet artikkel 61 (3) sannsynligvis vil ha liten konkurransefremmende effekt i det norske bredbåndsmarkedet, som følge av manglende økonomiske insentiver til å benytte tilgangen for konkurrerende aksesstilbydere og tekniske utfordringer knyttet til å sikre tilgang i praksis. Et "lappeteppe" av ulike tilganger, kanskje særlig dersom tilgang pålegges etter den snevre hjemmelen i forslag til § 10-3 (3), vil gjøre nettet mer uoversiktlig for netteier. Dette vil kunne vanskeliggjøre drift og sikring av nettet, som igjen kan gå utover kvaliteten overfor sluttbruker.

Menon Economics og Analysys Masons konkluderer videre i sin rapport at tilgangsplikten vil kunne påvirke lønnsomheten ved utbygging av ny infrastruktur og dermed virke dempende på infrastruktureiers investeringsvilje. Hva gjelder fiberutbygging, har denne i hovedsak blitt drevet frem av kommersielle aktører i Norge. De fleste utbygginger i Norge har vært basert på "selg først, bygg etterpå"-prinsippet. Forutsigbarhet omkring fremtidige investeringer blir da særlig viktig får å sikre utbygging, noe tilgangsplikten klart svekker. Tilgangsplikten i forslag til § 10-3 kan redusere eller forsinke videre utbygging av høyhastighets bredbåndnett i nye områder i strid med det overordnede ekopolitiske målet om høykapasitet til alle i hele landet, og gjør seg særlig gjeldende for det tilfelle at tilgang utover første forgreningspunkt gis.

Lyse oppfordrer myndighetene til å vise varsomhet ved anvendelse av bestemmelsen og at det sikres en forutsigbar regulering som ikke forrykker insentiver til videre utbygging og innovasjon av elektroniske kommunikasjonsnett.

I merknadene til bestemmelsen fremgår det at den suppleres av bredbåndsutbyggingsloven. Slik Lyse forstår § 10-3 kan denne være dels overlappende med forpliktelser som kan ilegges iht. bredbåndsutbyggingsloven og tilhørende rettigheter. Det kan være hensiktsmessig at departementet klargjør virkeområdet til § 10-3 og bredbåndsutbyggingsloven i de tilfellene der de tilsynelatende regulerer samme tilgang.

8.3 § 10-4: Etablering av småcellebasestasjoner

Lyse støtter dette forslaget. Problemer knyttet til å få nødvendig tilgang til fast eiendom for innplassering av infrastruktur for elektronisk kommunikasjon er i stor grad en faktor som forsinker og fordyrer utbygging, og prosessen mot offentlige grunneiere er ofte tyngre og mer tidkrevende enn prosesser med private grunneiere. Lyse ønsker derfor velkommen alle tiltak som kan gjøre dette enklere.

I så måte mener Lyse at departementet burde vurdere mer omfattende forpliktelser for det offentlige. De prinsippene som nedfelles i bestemmelsen knyttet til adgang til å gi avslag burde gjelde mer generelt (ikke bare for etablering av småcellebasestasjoner), og burde gjelde for alle eiendommer og anlegg kontrollert av det offentlige, inkludert offentlig kontrollert virksomhet.

Det er videre ønskelig at adgangen til å gi avslag praktiseres restriktivt, og etter Lyses oppfatning kan ordlyden i forslaget åpne opp for at det i praksis blir for enkelt å gi avslag. Det bør derfor vurderes å snevre dette inn.

Det er også et problem i slike saker at klageprosessen knyttet til avslag er omstendelig og tidkrevende. Departementet bør derfor se på om det er mulig å effektivisere dette.

8.4 § 10-5: Tilgang til infrastruktur for mobile tjenester

Bestemmelsen er på flere punkter uklar og er en av flere bestemmelser som bidrar til økt usikkerhet, noe som potensielt kan dempe investeringer. Det er derfor viktig at departementet gjør det som er mulig innenfor de EØS-rettslige rammene for å fjerne/reducere slik usikkerhet. Som et minimum bør departementet være mer konkret knyttet til bestemmelsens mulige anvendelsesområde, inkludert om fast bredbånd regnes som "mobile tjenester"/"tjenester som bruker frekvenser" i bestemmelsens forstand.

8.5 § 10-6: Kartlegging av bredbåndsdekning

Lyse oppfordrer myndighetene til varsomhet omkring bruk og offentliggjøring og deling av innsamlet informasjon etter bestemmelsen.

Lyse oppfatter det slik at bestemmelsen åpner for at aktørene kan måtte oppgi sine utbyggingsprognoser for en periode på opptil tre år frem i tid. Iht. den norske modellen basert på "selg først, bygg etterpå"-prinsippet, vil anvendelse av et slikt tidsperspektiv kunne risikere å gi et feilaktig bilde av at områder ikke vil bygges ut av kommersielle aktører fordi aktørene på tidspunktet for innsamling av informasjonen ikke har nok eller tilstrekkelig sikker informasjon til å si noe om sine prognoser for et område så langt frem i tid. Merknadene gir inntrykk av at aktørenes prognoser kan få betydning for tildeling av offentlige bredbåndsmidler og nasjonale bredbåndsplener. En slik bruk av informasjonen vil kunne være til ugunst og hindre kommersiell utbygging av nett til fordel for offentlig subsidiert utbygging. Det kan i denne sammenheng vises til fortalen til ekomodirektivet punkt 62 siste setning, der det fremheves i tilknytning til innsamling av opplysninger at berørte myndigheter bør overholde prinsippet om fortrolighet og unngå å påføre noe foretak en konkurransemessig ulempe.

Utvexling av informasjon om aktørers fremtidige markedsadferd vil etter forholdene kunne anses som konkurranse-sensitive opplysninger. Det kan derfor reises spørsmål om myndighetene har vurdert forholdet til konkurranse-loven ved den foreslåtte anvendelse av bestemmelsen om offentliggjøring av aktørers fremtidige utbyggingsplaner for en periode fremover i tid på opptil tre år?

Lyse har ellers følgende konkrete innspill til utformingen av bestemmelsen:

Begrepet "bredbånd" i § 10-6 (1) synes ikke definert i lovforslaget eller i høringsdokumentene. Dersom det med "bredbånd" er ment noe annet enn definisjonen av nett med svært høy kapasitet, som definert i forslag til § 1-5 nr. 3 eller nett med minst 100 Mbit/s nedlastningshastighet som omtalt i § 10-6 (2), bør det presiseres.

Bestemmelsens ordlyd og utforming synes å fravike noe fra direktivet og forslag til merknader til bestemmelsen tilknyttet myndighetens innhenting av informasjon om fremtidige utbyggingsintensjoner i § 10-2 (3), jf. (2). Dersom bestemmelsen er tilsiktet en annen regulering enn i EU/EØS-retten bør det klart fremgå at dette er intensjonen. Det bør videre gis en begrunnelse for eventuell strengere særnorsk regel.

9 KAPITTEL 11: FREKVENSER OG SATELITTSYSTEMER

Lyse støtter at det skal legges vekt på hensynet til konkurranse i spørsmål knyttet til frekvenstildeling mv., men understreker at dette ikke kan ses løsrevet fra hensynet til forutsigbarhet knyttet til investeringer, som er helt grunnleggende for bærekraftig konkurranse.

Bestemmelsen foreslått i § 11-11 fremstår som uklar på flere måter og kan bidra til usikkerhet og redusert forutberegnelighet. Dette gjelder særlig bestemmelsens andre ledd, som etter ordlyden fremstår svært åpen og vidtrekkende. Lyse legger til grunn at det skal svært mye til før det kan bli aktuelt å frata en aktør frekvenser som det er investert på basis av og med tillit til, og mener at det ville vært hensiktsmessig om departementet hadde vært mer konkrete i beskrivelsen av denne bestemmelsens mulige anvendelse i praksis.

Herunder er det grunn til å påpeke at eventuelle tilgangsfpliktelser må være på vilkår som tar hensyn til kostnadene forbundet med å erverve og inneha de aktuelle frekvensressursene. Man bør med andre ord ikke kunne bli pålagt å dele ressurser man har måtte betale dyrt for i konkurransen om ressursene, uten å få rimelig betaling fra den man må dele med.

10 KAPITTEL 15: TILSYN

10.1 § 15-2: Opplysningsplikt

Lyse bemerker at forslaget til bestemmelsen innebærer at Nkom "kan kreve opplysninger fra *enhver* når det er nødvendig" for gjennomføringen av ekomloven eller forpliktelser som følger av internasjonale overenskomster som Norge har sluttet seg til.

Ordlyden av "enhver" går etter Lyses oppfatning lenger enn det som følger av ekomdirektivet, som i artikkel 20 nr. 1 legger opp til at krav om å fremlegge opplysninger rettes mot "foretak som tilbyr elektroniske kommunikasjonsnett- og tjenester, tilhørende ressurser eller tilhørende tjenester".

Selv om det ligger en begrensning i at det må være "nødvendig" å hente inn opplysningen, jf. forslag til § 15-2 (1), kan ikke Lyse se at departementet drøfter om Nkom har behov for en videre hjemmel enn det direktivet legger opp til. På generelt plan stiller Lyse seg kritisk til å innføre bestemmelser som har et videre nedslagsfelt enn det som kreves av direktivet uten at det kan påvises et konkret behov for det.

10.2 § 15-12: Overtredelsesgebyr

Lyse bemerker at bestemmelsen om overtredelsesgebyr er en administrativ sanksjon som må anvendes innenfor de rammer som følger av menneskerettighetskonvensjonen (EMK) artikkel 3, jf. menneskerettighetsloven § 3.

Lyse har ingen merknader til bestemmelsen som sådan, men vil oppfordre departementet til å vurdere om den rettsutvikling som har funnet sted knyttet til krav om subjektiv skyld ved illeggelse av foretaksstraff etter Høyesteretts

avgjørelse i HR-2021-797-A og en rekke avgjørelser i den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) kan ha betydning også for skyldkravet i forslag til § 15-12.

11 KAPITTEL 16: KONFLIKTLØSNING OG KLAGE

11.1 § 16-6: Klagenemnd

Forslaget til ny ekomlov gir ekommyndighetene vedtakskompetanse, og enkeltvedtak som kan fattes i medhold av forslag til ny ekomlov og forskrift vil kunne ha stor innvirkning på lovens pliktsubjekter. Rettssikkerhetshensyn taler derfor med tyngde for at klager over enkeltvedtak må behandles av en uavhengig og kompetent klageinstans, og Lyse er positiv til at departementet har iverksatt arbeid tilknyttet dette i tråd med ekomdirektivet artikkel 31.

Direktivet oppstiller et generelt krav til at klager skal behandles av en uavhengig klageinstans. Departementet foreslår å gjennomføre direktivbestemmelsen ved å opprette en uavhengig klagenemnd. Opprettelsen av en slik nemnd vil føye seg inn i rekken av domstolliknende klagenemnder som er opprettet de siste årene⁵ og som kjennetegnes av at saksbehandlingen i all hovedsak er skriftlig og følger reglene i forvaltningsloven.

Da direktivet ikke stiller krav til at det uavhengige klageorganet må være en nemnd, kan det reises spørsmål ved om rettssikkerheten til tilbyderne vil kunne ivaretas bedre gjennom domstolsbehandling, særlig i komplekse saker og saker som reiser bevisspørsmål.

Lyse er i utgangspunktet av den oppfatning at en uavhengig klagenemnd, som vil kunne prøve alle sider av saken og inneha særkompetanse på ekomfeltet, vil være godt egnet til å behandle klager over enkeltvedtak. Også hensynet til tidsperspektivet, transparens i saksbehandlingen og hensynet til kostnadsbegrensning taler for å opprette en slik nemnd. Det vil være en fordel, både for Nkom og tilbyderne, at saksbehandlingen blir raskere og mer transparent enn i dag. For å ivareta tilbydernes rettssikkerhet, samt behovet for at ekommyndighetenes forvaltningspraksis prøves for domstolen, ønsker Lyse likevel å fremme forslag om at domstolen skal kunne prøve alle sider av saken dersom et vedtak fra klagenemnda klages inn for domstolen, se for eksempel konkurranseloven § 39. En slik prøvingsadgang er i dag inntatt i forslag til § 15-12 (3) for overtredelsesgebyr, og bør etter Lyses syn utvides til å gjelde ethvert vedtak som bringes inn for domstolen.

For at klagenemnda skal fungere som en effektiv ordning i tråd med direktivets formål, er det avgjørende at departementet utarbeider klare saksbehandlingsregler, herunder tidsfrister, som både virker skjerpene på sakens parter og gir partene tilstrekkelig tid til å forberede saken. Det er videre viktig at departementet sikrer at det er tilstrekkelig åpenhet om saksbehandlingen og at nemndsmedlemmene innehar den nødvendige spisskompetanse innenfor de faglige, tekniske og juridiske områder som berører elektroniske kommunikasjonsnett- og tjenester. Lyse er kjent med at det kan være utfordrende å finne et tilstrekkelig antall kompetente nemndsmedlemmer, og ønsker særlig å understreke betydningen av at alle nemndsmedlemmer innehar den riktige kompetansen. Departementet bør ta høyde for denne vanskeligheten i sitt videre arbeid med utforming av klagenemnda.

I forslag til bestemmelse om klagenemnd har Lyse videre merket seg to uklarheter som departementet bør avklare i sitt videre arbeid. Det er for det første viktig å få klarhet i virkningen av at nemndas avgjørelser ikke kan stride mot pålegg gitt av ESA, jf. forslag til § 16-6 (2). I merknadene til bestemmelsen heter det at nemnda må "ta hensyn til" pålegg av ESA, og det fremstår uklart for Lyse om det er en utilsiktet meningsforskjell mellom det som følger av ordlyden og det som følger av merknadene. Det er for det andre viktig å få klarhet i om klage til nemnda er en forutsetning for å ta saken til domstolen, jf. forslag til ny § 16-8.

⁵ NOU 2020: 11 *Den tredje statsmakt*, punkt 7.4.

I departementets videre arbeid med å utrede og avklare klagenemndas kompetanse, vil Lyse oppfordre departementet til å innhente erfaringer fra de statlige klagenemndene som finnes i dag. For å sikre fortsatt vellykket drift av nett og tjenester, er det viktig at nemnda fungerer i tråd med formålet. Lyse legger for øvrig til grunn at klagenemnda vil finansieres av departementet.

12 AVSLUTTENDE KOMMENTAR

Lyse viser for øvrig til både Abelia og IKT-Norges høringssvar, som Lyse gjennomgående slutter seg til.

Lyse takker ellers for muligheten til å komme med våre innspill, og bidrar gjerne med mer informasjon dersom departementet ønsker det i sitt videre arbeid med saken.

Med vennlig hilsen, Lyse AS

Sign. 

Toril Nag, konserndirektør tele